

〔判例評釈〕

## 根保証の随伴性

——最高裁平成 24 年 12 月 14 日第二小法廷判決の検討——

福 井 修

富山大学紀要. 富大経済論集      第59巻第3号抜刷（2014年3月）

富山大学経済学部

〔判例評釈〕

## 根保証の随伴性

——最高裁平成 24 年 12 月 14 日第二小法廷判決の検討——

福 井 修

キーワード：根保証，随伴性，元本確定，信用保証，継続的保証

### I はじめに

根保証については民法上なら規定がなかったところ，平成 16 年の民法改正で，個人を保証人とし，一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約であって，その債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務が含まれるものを貸金等根保証契約として，465 条の 2 以下に規律がおかれた。しかし，貸金等根保証契約以外については規律がなく，根保証全般については依然として判例・学説に解釈が委ねられている部分が多い。また，判例・学説においてもその内容が固まっておらず，不確定要素が多い。

意見が分かれている論点の代表的なものとして，根保証契約における被保証債権を元本確定前に譲り受けた者が保証人に対して履行請求できるかという問題（根保証の随伴性）がある。最二判平成 24 年 12 月 14 日民集 66 卷 12 号 3559 頁（以下「本判決」という）<sup>1</sup>はこれについて最高裁として初めて判断したものである。以下，本稿では本判決を題材として，根保証の随伴性について考察する。

---

1 本判決の評釈としては，赫高規・NBL994号4頁以下，近藤泰彦・銀法760号18頁以下，松本恒雄・金判1422号2頁以下，下村信江・金法1977号37頁以下，松尾弘・法セ703号144頁，岩藤美智子・金法1981号30頁以下がある。

## Ⅱ 本判決の概要

### 1. 事実の概要

A 会社は、平成 19 年 6 月 29 日、B 会社に対し、弁済期を平成 20 年 6 月 5 日として 8 億円を貸し付けた（第一貸付）。同日、Y 会社（被告、控訴人、上告人）は、A に対し、A を貸主とし、B を借主とする金銭消費貸借契約等により生ずる B の債務（第一貸付を含む）を主たる債務とし、極度額を 48 億 3000 万円、保証期間を平成 19 年 6 月 29 日から 5 年間とする連帯保証をした（以下、「本件根保証契約」という）。B は Y 会社の不動産部門から独立して設立され、本店所在地を同じくする、Y の子会社である。

その後、A は、平成 20 年 8 月 25 日、第一貸付の借換えとして、B に対し、弁済期を平成 21 年 8 月 5 日として 7 億円（第二貸付）と 9990 万円（第三貸付）をそれぞれ貸し付けた。A は、平成 20 年 9 月 26 日、第二貸付と第三貸付に係る債権を C 会社に譲渡し、C は、同日、当該各債権を X 会社（原告、被控訴人、被上告人）に譲渡した。

B が X に対して第二貸付および第三貸付に係る債務を支払わないために、X が Y に対し、本件根保証契約に基づく保証債務履行請求として、7 億 9990 万円の一部である 1000 万円の支払いを求めた。

第 1 審で、Y は、錯誤無効、信義則ないし事情変更の法理による本件根保証契約の解約ないし保証債務の縮減、過失相殺を主張したが、すべて斥けられた（東京地判平成 22・10・27 金法 1973・110）。

Y が控訴して、根抵当権の趣旨を考慮すると、根保証についても保証の額が確定するまでは随伴性がなく、被担保債権が譲渡されても根保証は移転しないと主張したところ、原審は、「根抵当権の場合には、明文により元本確定前に被担保債権が移転しても根抵当権はこれに随伴して移転しない旨規定されている（民法 398 条の 7 第 1 項）のに対し、根保証の場合には、その旨の規定がないばかりか、根抵当権の同条項を準用する規定もない。そして、根抵当権の随伴性を認めると、元本確定前に被担保債権の一部が譲渡された場合に、根抵

当権の一部実行ができないことから複雑な法律関係の発生が予想され、このような事態を未然に防止するという観点から随伴性を認めていないものと解される。一方、根保証の場合には、これと異なり根保証債務の一部についても履行が可能であるから、根抵当権のような複雑な法律関係が発生することは考えられず、これを防止する必要性は乏しいのであり、このような観点から随伴性を否定する理由はないというべきである。そして、根保証の場合に、根抵当権のように明文により随伴性が否定されていないということは、まさに、根抵当権と異なりむしろ随伴性を肯定する趣旨であると解するのが相当である」として、Yの控訴を棄却した（東京高判平成23・5・31金法1973・107）。

そこで、Yが上告受理を申し立てた。

## 2. 判決要旨

最高裁判所は、Yの上告を棄却した。その理由はつぎのとおりである。

「根保証契約を締結した当事者は、通常、主たる債務の範囲に含まれる個別の債務が発生すれば保証人がこれをその都度保証し、当該債務の弁済期が到来すれば、当該根保証契約に定める元本確定期日（本件根保証契約のように、保証期間の定めがある場合には、保証期間の満了日の翌日を元本確定期日とする定めをしたものと解することができる）前であっても、保証人に対してその保証債務の履行を求めることができるものとして契約を締結し、被保証債権が譲渡された場合には保証債権もこれに随伴して移転することを前提としているものと解するのが合理的である。そうすると、被保証債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日前にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において被保証債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができるというべきである。

本件根保証契約の当事者間においては上記別段の合意があることはどうかかわれないから、被上告人は、上告人に対し、保証債務の履行を求めることが

できる。」

### Ⅲ 研究

#### 1. 従来の議論

##### (1) 根保証の概念

###### ①根保証の定義

根保証については民法上規定がおかれておらず、その要件・効果は判例・学説に委ねられていた。そのため、用語の使い方についても不統一であった。

我妻博士は「一定の法律関係から生ずる不特定の、多くの場合多数の、債務の保証」を根保証と総称し、それをさらに、イ．銀行と商人との間の手形割引、当座貸越などの継続的融資関係や、卸売商と小売商との間の継続的売買取引などにおける保証（信用保証）と、ロ．賃借人の債務や被用者の債務などの保証に二分された<sup>2</sup>。

これに対して、西村博士は、このような諸事例を継続的保証と総称し、このうち信用保証のみを根保証と呼ばれていた<sup>3</sup>。

その後、平成16年の民法改正により「貸金等根保証」に関する規定が設けられ、「根保証契約」は「一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約」と定義された（民法465条の2）。

不動産の賃借人の債務や被用者の債務（身元保証）は特殊性があるので、本稿では、信用保証を想定して検討を進めたい。

###### ②二つの考え方

平成16年の改正前から、根保証については、大別すると2つの考え方が主張されていた。

1つは西村博士の主張する継続的保証説である。これは、主たる債務を発生

---

2 我妻栄『新訂債権総論』469頁（岩波書店、昭和39年）。

3 西村信雄編『注釈民法（11）』144頁、148頁〔西村信雄〕（有斐閣、昭和40年）。

させる原因の継続性に着目し、継続的保証においては、保証人は「保証契約成立後その終了に至るまで、終始、継続的に、抽象的基本的保証責任を負担し、契約所定の一定の事由の発生するごとに、この基本的保証責任から派生的に発生する支分債務としての具体的保証債務を負担する」という考え方<sup>4</sup>である。保証期間中発生する個々の債務の保証（個別保証の集積）が根保証であると考えるので、個別保証集積説ともいわれる。

もう1つは我妻博士の主張する説である。「一定の法律関係から将来生ずる不特定の、多くの場合に多数の、債務の保証」を根保証とする<sup>5</sup>もので、「根保証・信用保証においても、保証人の一般財産による責任が現実の担保価値として把握され、将来その保証が実現される際に、確定された債権によってその帰属と数量が決定される」とする考え方<sup>6</sup>である。根保証を根抵当権と同様のものと捉え、根保証期間が終了した時点で存在する債務を一切担保するのが根保証だとするもので、根抵当権類似説とも言われる。

そしてこれらの二つの考え方から、根保証に関する2大論点である、元本確定前の履行請求の可否の問題と、根保証の随伴性の問題が論じられてきた。

## (2) 元本確定前における保証債務の履行請求の可否

貸金等根保証契約について、民法は「元本の確定」という概念を導入したが、根保証における「元本の確定」とは、その後に生じた債権は担保される債権としないことを意味する。そして、その元本の確定前に債権者が保証人に対して保証債務の履行を請求することができるのか、が従来から論点となっている。

根抵当権類似説に立つと、根保証関係の継続中は具体的な保証債務を負担し

---

4 西村・前掲注3・144頁。西村博士は、根保証は、「継続的取引に基づいて発生し一定の時期における決済によって確定する主たる債務のための保証をいい、根担保の一種」とされている。

5 我妻・前掲注2・469頁。

6 我妻・前掲注2・462頁。

ないので、元本確定前は履行請求できない（否定説）ことになる<sup>7</sup>。否定説に対しては、貸金等根保証契約についてであるが、民法 465 条の 4 第 1 号が保証人の財産に対する強制執行又は担保権実行の申立を元本の確定事由としており、履行請求できるからこそ強制執行の申立等が可能なのであり、この法的構成と矛盾すること、また元本確定まで履行請求できないとすると債権者に不都合をもたらすことなどが問題点としてあげられる<sup>8</sup>。

個別保証集積説では、元本確定前でも履行請求ができる（肯定説）と考えることになる。肯定説に対しては、保証人が履行請求に応じて弁済した額は極度額に算入されるかという問題、および債権者が主たる債務者の資力悪化後も、主債務者への貸付け等を継続しつつ保証人に保証債務の履行請求が可能となってしまうといった問題が生じることが指摘されている。

### （3）元本確定前における保証債務の随伴性

元本確定前に被保証債権が譲渡された場合に、保証債務が随伴するかという問題についても、肯定説と否定説がある。

根抵当権については、民法 398 条の 7 が明文で元本確定前の随伴性を否定しているが、これは複雑な法律関係が生ずることを防ぐためであるとされている。しかし、根保証については、随伴性に関する明文の規定はないことから解釈に委ねられる。

個別保証集積説では、個別保証が集積しているとみることから、被保証債権の 1 つが譲渡された場合にも、保証債務は随伴し、譲受人は保証人に対して保証債務の履行を請求できることになる。

根抵当権類似説では、確定前にはどの債務を担保するかは特定していないこ

---

7 我妻・前掲注2・475頁、加藤一郎＝鈴木禄弥編『注釈民法（17）』329頁〔鈴木禄弥〕（有斐閣、昭和44年）、松本恒雄「根保証の内容と効力」加藤一郎＝林良平編『担保法体系（5）』242頁（金融財政事情研究会、昭和59年）。

8 山野目章夫「根保証の元本確定前における保証人に対する履行請求の可否」金法1745号10頁、中原利明「保証」金法1874号56頁、赫・前掲注1・5頁。

とから、被保証債権の範囲とされている1つの債権が譲渡された場合でも、それは単に範囲からはずれるだけで、保証債務が随伴することはないということになる。

ただし、後に詳述するとおり、随伴性に関しては、個別保証集積説の立場から、あるいは元本確定前の請求を認める立場からも、否定する意見がある。

## 2. 根保証の性質論

### (1) 任意規定性

以上のとおり、従来は、個別保証集積説と根抵当権類似説の二つの立場から種々の効果が論じられてきたわけであるが、それに対して近時1つの指摘がなされ、賛同を集めている。それは、根保証は債権契約なので、契約自由の原則が妥当するものであり、個別保証が累積するタイプも、根抵当権類似のタイプも、当事者が合意すれば認められる、どちらか一方の根保証しか認められない問題ではない、ということである<sup>9</sup>。つまり、これらは任意規定の性格をもつものであり、これらの議論は当事者の意思が明確でない場合に、どちらをデフォルト・ルールとして取り扱うかという問題だということになる。

### (2) 想定する契約形態

そうすると、この議論にあたっては、どういう種類のものを根保証の基本的な契約形態と想定するかが重要だということになる。

個別保証集積説（継続的保証説）の西村博士は、全体を継続的保証と呼び、「継続的保証とは、一時的保証に対する語であって、継続的債権契約の特質を備えている保証契約を指称する。身元保証をはじめとして、継続的金融取引・

---

9 岡本雅弘「根保証の元本の確定」金法1783号5頁、中田裕康『債権総論〔新版〕』499頁（有斐閣、平成23年）、平野裕之「根保証における確定前の権利関係」慶應法学26号165頁。平野教授は、個別保証が累積するタイプを個別債務根保証、根抵当権類似のタイプを確定時債務根保証と呼ばれる（同163頁）。以下、本稿においてもこの呼称を使用する。



継続的売買取引その他の継続的取引の保証、代理店契約の保証、借地・借家の保証などが、その例である」とされ、そのうちの信用保証の場合を根保証とされる<sup>10</sup>。

根抵当権類似説の我妻博士は、全体を根保証と呼び、信用保証とは根保証の一種であり、「銀行と商人との間の手形割引、当座貸越その他の融資関係や、卸商と小売商の間の取引などのように、その過程において債務が増減することが予定されるものの保証である」<sup>11</sup>とされる。根保証の項目の中で身元保証や賃借人の債務の保証も説明されるが、主に信用保証を中心に説明されている。

以上のとおり、根保証の範囲については両説で若干の広狭があるが、主に信用保証を念頭において根保証の性質論を論じている点では同じである。それでも両説で想定している根保証のタイプ（個別債務根保証、確定時債務根保証）が異なっているわけである。

### (3) 契約書の表現

個別債務根保証と確定時債務根保証の二つの類型があるとして、そのいずれとするかが契約書で明記されていれば全く問題はない。銀行取引で一般的に使用される保証書の保証文言は「保証人は、債務者が銀行取引約定書第1条に規定する取引によって貴行に対し現在および将来負担するいっさいの債務について保証する」という内容だとされている<sup>12</sup>。

しかし、この表現だと、「貴行に対し現在および将来負担するいっさいの債務」が発生する毎に個別に保証する（個別債務根保証）と読むこともできるし、「貴行に対し現在および将来負担するいっさいの債務」を対象とするが、その保証の仕方は確定時に残存しているものに限る（確定時債務根保証）と読むことも

---

10 西村・前掲注3・144頁。

11 我妻・前掲注2・469頁。

12 中原・前掲注8・57頁。

できる。したがって、この保証文言では決め手にならない<sup>13</sup>。

### 3. 元本確定前における保証債務の履行請求の可否

元本確定期日が未到来の時点で主たる債務が履行されない場合、債務者が破産手続を選択しない場合には（例えば、民事再生や会社更生の手続が開始された場合にも）当然には元本は確定しないことになる。そうすると主債務の弁済期が到来しているにも関わらず、元本確定期日が来るまで、保証人に保証債務の履行を請求できないことになるが、それは債権者にとってかなりの制約となりうる<sup>14 15</sup>。当事者の意思を想定したデフォルト・ルールという観点からすれば、そうした合意は通常なされないものと思われる。また、民法465条の4第1号の規定の解釈としても肯定せざるを得ないと思われる。したがって、元本確定前においても、個別の保証債務の履行請求を認めるというのが、デフォルト・ルールとしては妥当だと思われる<sup>16</sup>。

肯定説への問題提起のうち、第一の個別の弁済額が極度額に算入されるかという点に関しては、極度額の定めが保証人保護の観点からなされているのであるから、当然算入すべきであろう。第二の主債務者への貸付け等を継続しつつ保証人に保証債務の履行請求が可能となってしまうといった問題については、保証人は債権者と交渉し、元本確定の合意を成立させ、負担増しを回避すれば

---

13 平野・前掲注9・185頁。だからこそ、議論が継続しているものと思われる。

14 中原・前掲注8・57頁は、そうした帰結は債権者にあまりに酷で、実務感覚から遊離するという。

15 これに対して否定説からは、根抵当権に関する民法398条の20を類推適用して、保証人への履行請求を根保証の確定事由とすることが考えられる（林良平「根保証人の代位弁済と担保権の移転」手研307号75頁）とされる。ただ、このような類推適用を持ち出すのであれば、根保証については単純に元本確定前の履行請求を肯定すればよいのではなかろうか。

16 平野教授は、保証人の類型によって、契約解釈の基準を使い分けるべきだとされ、個人保証については「保証人に有利に」、法人保証（個人会社の経営者保証を含む）については「債権者に有利に」解釈すべきとされる。そして、個人保証については、確定前の履行請求はされないものと推定されるとする（平野・前掲注9・186頁）。筆者には、個人保証というだけで一括りにして一部の効果を別扱いにするのは適当でないように思われる。

よいのであり、仮にそのような交渉余地がない場合には、不当な融資に係る保証人への責任追及を信義則で制限することが考えられる<sup>17</sup>。

#### 4. 元本確定前における保証債務の随伴性

##### (1) 条文の不存在

原審判決では、民法上根抵当権の随伴性が否定されているのに対して、根保証には随伴性を否定する条文がないことが随伴性を認める理由の一つとされているが、これはあまり理由にならない。一般の担保についても、随伴性が明文で認められているわけではなく、担保の性質から議論しているに過ぎない<sup>18</sup>。したがって、民法上に規定がないことは直接の理由にはならず、根保証の性質から考えざるを得ない。

##### (2) 実務の感触

保証債務の随伴性に関しては、実務の感触として、随伴性はないのが一般的とする意見がある一方で、随伴性があることを前提としていたという意見もある<sup>19</sup>。後者において例に出されているのは、信用保証協会等の保証人が代位弁済した場合に、根保証人にも求償する例があるということである。しかし、保証人の弁済代位を債権譲渡と同列に論じてよいかという問題もあり、また、信用保証協会のような機関保証の場合は別途合意があるのではないかとも思われ

---

17 山野目・前掲注8・11頁、中原・前掲注8・57頁。山野目教授は、保証人との間に情報や交渉力の格差がある場合に、債権者は履行請求にあたり、元本が当然には確定しないことを説明すべきであり、この説明が不十分であるときは、爾後の貸付に係る保証人への責任追及は、その全部または相当と認められる一部が信義に照らし許されないものと解すべき、とされる。

18 能見善久「根担保－根保証を中心に」金融法務研究会報告書（14）『担保法制をめぐる諸問題』8頁（平成18年）。

19 随伴性なしとするのが一般的だとするのは、澤重信「貸金等根保証契約と実務上の留意点」銀法641号16頁。随伴性ありが前提とするのは、吉岡伸一「保証制度の見直しに関する民法の一部改正法について」銀法646号44頁。

る。そして、弁済代位や包括的な債権譲渡はあるが、個別の債権譲渡の実例はほとんどないとされており<sup>20</sup>、結局一般的な個別の債権譲渡があった場合の根保証の随伴性については実務として想定されてこなかったであろう<sup>21</sup>。

### (3) 第三の考え方

前述のとおり、個別保証集積説からは、元本確定前における保証債務の履行請求の可否に関しても、保証債務の随伴性についても肯定という結論になり、根抵当権類似説からはいずれも否定することになる。

しかし、近時は前者については肯定するが、後者については否定する見解も出されている<sup>22</sup>。要するに、根保証の捉え方から演繹的に帰結されるものではないということである<sup>23</sup>。

### (4) 譲渡された被保証債権と譲渡されていない被保証債権の優先関係

根抵当権について元本確定前の随伴性が否定されたのは複雑な法律関係の発生を防止する趣旨だとされているが、肯定説に対しては、根保証についても譲渡されていない被保証債権と譲渡された被保証債権の総額が極度額を超える場合には複雑な法律関係が生じるのではないかという批判がある。この場合に、イ．譲渡された債権の額だけ根保証の極度額が減額される、ロ．譲渡された債権と残された債権の価額に応じて極度額が按分される、またはハ．一種の連帯債権となって極度額の限度まで債権譲渡人と譲受人の双方が根保証人に請求できる、の3とおりがあるとされる<sup>24</sup>。しかし、今のところいずれとするかが明

---

20 野村=多比羅=堂園=平野=六信（座談会）「保証制度の改正」ジュリ1283号68頁〔堂園発言〕。

21 岡本・前掲注9・5頁。

22 能見・前掲注18・9頁、中田・前掲注9・499頁、佐藤正謙・村上祐亮「保証」NBL925号103頁

23 中田・前掲注9・499頁。

24 松本・前掲注1・5頁。

らかではない。実務として随伴性を前提としていたなら、定式があるように思われるが、今までの議論では示されていない。どの時点で配分するかも難問で、イの考え方では譲渡時点で残存極度額が定まるが、ロ及びハでは確定時（あるいはそれ以降）まで配分が定まらないことになり、かなり複雑になると思われる。

能見教授は、「根保証は、特定の債権者と特定の債務者の間の継続的な取引関係から生じる一切の（不特定の）債務を担保するものであるから、被担保債権を発生させる当該債権者と主債務者の間の継続的な取引関係が残っている以上、根保証はこれらの債権を担保するために優先的に（独占的という方が適当かもしれない）使われるべきものである。」として随伴性がないとされる<sup>25</sup>。譲渡された債権を優先すること（先のイ）はもちろんのこと、譲渡された債権と残っている債権を同列で扱うこと（先のロ・ハ）も通常当事者の意思ではないということであろう。

#### (5) 縛りからの逸脱

付け加えれば、根保証は不特定の債務を担保するものであるが、その範囲を限定するために、特定の債権者と特定の債務者の間の継続的な取引関係から生じるという縛りをいれるのが通常と思われる。したがって、この特定の債権者と特定の債務者という縛りからはずれる場合、例えば債権譲渡や債務引受が行われた場合は、その対象からはずれると考えるのが通常であろう。それは正に根担保として根抵当権との共通項ともいえる。ただし、根保証は債権契約であり、当事者間の合意があれば優先されるから、債権譲渡の場合でも根保証の対象になると合意することはできるが、デフォルト・ルールとしては対象外になると考える。

---

25 能見・前掲注18・7頁。また、極度額を定めない包括根保証の場合には、根保証人の責任が重くなりすぎるという問題もあるとされる（同8頁）。

## 5. 本判決の評価

本判決は、元本確定前における保証債務の履行請求の可否に関しても、保証債務の随伴性についても肯定という結論を導いている。理由の中で「根保証契約を締結した当事者は、通常、主たる債務の範囲に含まれる個別の債務が発生すれば保証人がこれをその都度保証し」と説示しており、個別保証集積説に立っていると思われる。なお、本件は保証人が法人なので、民法465条の2以下の貸金等根保証にはあたらない。

ただ、確認しておくべきは、別段の合意がない限り、という留保をつけており、根保証は契約自由の原則に基づき、いずれのタイプのものも作り出せるという見解を承認していることである。

次に本判決がデフォルト・ルールとして保証債務の随伴性についても肯定説を採用したかであるが、本判決の表現からはそのように解さざるをえない<sup>26</sup>。しかし、本件はかなり特殊な事案である。というのは、須藤裁判官の補足意見では、平成19年6月29日付のA、B、およびYの三者を当事者とする本件根保証契約書には、Yは極度額（48億円3000万円）の範囲内で、同日付の貸付に係る債務のほか、本件根保証契約締結日現在に発生している債務及び5年間の保証期間に発生する債務並びにこれらのうち債権者（A）がCに譲渡した債権に係る債務を保証する旨が記載されていると述べられている。とすれば、本件は債権譲渡があった場合にもYが保証することが当事者間で明らかな事例であったと考えられ、本件はそもそもデフォルト・ルールで処理する必要がなかった事例だと考えられる<sup>27</sup>。それにも拘わらず、事例判決に止めず、あまり

---

26 下村・前掲注1・40頁，岩藤・前掲注1・38頁，平野・前掲注9・197頁。事例判決だとするのは、松本・前掲注1・6頁。

27 この点を指摘するものとして松本・前掲注1・6頁，平野・前掲注9・197頁。Cは平成21年4月21日に破産手続開始がなされた大手の商工ローン業者であり、AもXとともにCの関連会社である。CからXへの平成20年9月26日付けでの45億円の不動産ローン債権の無償譲渡は、Cの破産管財人から否認されている、等特殊事情が多々ある事案である。本件においては個別の債権譲渡について合意されており、根保証の随伴性というより、個別保証の随伴性が問題となった事案である可能性もある。

理由を説明せずに一般論を展開してしまった嫌いがある<sup>28</sup>。

## 6. 法制審議会における議論

法制審議会民法（債権関係）部会において、根保証に関する規定の整備は検討項目とされていた。すなわち、平成23年4月の中間的な論点整理では、根保証の元本確定前の保証債務の履行請求の是非、債権譲渡があった場合の随伴性などは検討項目にあげられていた<sup>29</sup>。さらに、平成24年4月3日の第44回会議においては、元本確定前における履行請求については、できない旨を規定する甲案、履行請求を認め、保証人が履行したときは履行された額の限度で極度額が減少する旨を規定する乙案、明文の規定を設けない丙案が、また随伴性については、随伴性を否定する甲案、肯定する乙案、明文の規定を設けない丙案がそれぞれ提示された。審議では弁護士会からはいずれも甲案、銀行界からはいずれも乙案を支持する意見があった（ただし、議論は深まらなかったようである）<sup>30</sup>。

しかし、平成25年2月の中間試案<sup>31</sup>では、本判決に対する学界・実務界からの評価を見極める必要があるとして、この論点は盛り込まれておらず、結果として、いずれも丙案が採用されたことになる。しかし、甲案・乙案とも任意規定として提案されており、任意規定だということを前提とすれば、いずれにしても規定を設けてほしいというのが、実務の声であろう。デフォルト・ルールが明確になれば、規定どおりの効果を望むのであれば契約書に盛り込む必要はなく、規定とは異なる効果を望む場合に契約書に盛り込めばよいわけがある。

---

28 平野・前掲注9・197頁。赫・前掲注1・7頁は、勇み足といわざる得ないとする。

29 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（平成23年4月）では、「第12保証債務 7根保証（2）根保証に関する規律の明確化」として、「根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか」とされていた。

30 法制審議会（債権関係）部会第44回会議議事録（PDF版）32頁。部会資料36。

31 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平成25年2月）。

何も規定を置かないのであれば、いずれの場合にも詳細を契約書に盛り込む必要がある。

## Ⅳ 結び

筆者なりに整理をすれば、根保証は根担保という性質と、保証契約という性質を併せ持つ。根抵当権類似説は、前者を重視し、根担保として根抵当権と整合的に考えるべきだとして、根抵当権の規定をできるだけ参照する。他方、個別保証集積説は、後者を重視し、債権契約なので、必ずしも根抵当権に準じる必要はないとするものである。筆者としては、根担保としての共通項はあるとしても、根抵当権は抵当権実行手続が必要であり、その他物権としての強行規定に服するが、債権契約としての根保証にはその必要はないわけで、この違いは大きいと思われる。したがって、根抵当権に準ずる必要はなく、大枠は個別保証累積説をベースに考えればよい。しかし、随伴性に関しては、継続的な保証である以上、その根底に特定の当事者間から生ずる債務を対象とする保証という縛りがあり、この縛りから離れた個々の債権にまでも保証の効力を維持するものとは思われない。少なくともそれが多数の当事者の想定するデフォルト・ルールだとは思われない。結局はどういうタイプを想定するかという問題ではあるものの、根抵当権類似説に立たないにも拘らず、随伴性を否定する見解が多いのはそうした受け止め方が多いということではなかろうか。

本判決が一般論として根保証の随伴性を肯定する立場をとったとしても、本判決では被保証債権の総額が極度額を超える場合にどのように割り振るかという問題について、いずれの考え方（前記4.(4)のイないしハ）をとるかという点に触れておらず、未確定部分は残されている。民法（債権関係）全体を見直すというまたとない作業が今行われているのであるから、是非規定化してほしいと考える。

提出年月日：2013年12月9日



